

著作権と表現の自由

上谷, 和明
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/19430>

出版情報：学生法政論集. 5, pp.37-50, 2011-03-23. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics)
Kyushu University
バージョン：
権利関係：

著作権と表現の自由

上 谷 和 明

はじめに

I. 表現の自由

- (1) 表現の自由総論
- (2) 著作権との関連領域

II. 著作権と表現の自由

- (1) 著作権総論
- (2) 従来議論状況
- (3) 今後のあり方
- (4) 著作権と表現の自由—その関係性

おわりに

はじめに

昨今、デジタル技術とインターネットの普及を主要因として、誰しもが容易に様々な情報や創作物にアクセスすることが可能であり、同時に、自らがそれらの創作者かつ発信者となることが可能な時代が到来している。このような状況において、我々は以前にもまして、著作権法の領域と関わりを持つことが多くなってきている。我々が受信するモノ、利用するモノ、発信するモノ、そのいずれもが、「著作物」たり得るからである。とすると、我々の表現活動は、著作権法の存在により、促進されることも制限されることもあり得るのではないか。実際に、差止めや損害賠償といったことが、国家権力（＝司法府）により実現されることもある。これは、日本国憲法が基本的人権として保障する「表現の自由」を制約することになるのではないだろうか。

これらのことも含め、著作権法あるいは著作権と表現の自由との関係はどのように理解されてきて、また、今後どのように理解されるべきなのだろうか。しかし、驚くべきことに、筆者が見てきた限り、この点に関する研究はあまり盛んには行われていないようだ（特に憲法分野からの研究は乏しいように感じられる）。このような問題関心から、本稿では、日本における著作権と表現の自由の関係について思考を巡らせたいと思っている。

その際、各論点について深く掘り下げて考察していくというよりは、「著作権と表現の自由の関係」というテーマに関連性を有していると思われる要素・領域を整理し、今後の検討への足がかりにしたい、という視点から本稿が構成されていることを、あらかじめこ

で断わっておくこととする。また、本稿における「著作権による創作・表現活動の制限」とは、「権利者による差止請求や損害賠償請求、あるいはそれらを恐れて表現活動を自粛するという法自身もつ委縮効果」、「著作権によって制限を受ける創作・表現活動」とは、「一私人が行う、You Tubeやニコニコ動画等で見られる二次的著作物の創作・発信・利用」を、それぞれ主に想定して議論を進めている。

I. 表現の自由

では、まず、「表現の自由」について、それがどういうものか、著作権との関係を考える際に関連するであろう点を中心に、簡単に見ていきたいと思う。

(1) 表現の自由総論

日本国憲法21条1項では「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する」として、表現の自由を保障している。

一般に、憲法上表現の自由は優越的地位にあるとされ、二重の基準論の下で、経済的自由に比べ厚く保障すべきだと考えられてきた。そして、この表現の自由を支える根拠として、自己実現と自己統治という二つの価値が挙げられる。すなわち、自己実現の価値とは、「個人が言論活動を通じて自己の人格を発展させるという個人的な価値」であり、自己統治の価値とは、「言論活動によって国民が政治的意思決定に関与するという、民主政に資する社会的な価値」¹である。そして、両者の関係については、「表現の自由は自己実現の価値を基本に置いた自己統治の価値によって支えられている」と理解されている。また、「表現の自由は、全ての表現媒体による表現に及ぶ」とされ、「演説、新聞・雑誌その他の印刷物、ラジオ、テレビはもちろん、絵画、写真、映画、音楽、芝居などの表現も保障される」²とされている。

この表現の自由は、「もともとは国家権力の言論活動への不介入という消極的な権利として認知され」てきたが、「特に今世紀に入り、より積極的に、創作の自由、情報への自由、著作物へのアクセスの自由を含むものと理解されるにいたっている」³ようである。

もちろん、表現の自由といえども、無制約なものではない。「表現の形態、規制の目的・手段等を具体的に検討して」⁴、どのような制約ならば許され、どこからが許されないのかを考えなければならない。

では、このように理解されている表現の自由に対して、著作権（あるいは、著作権法が

¹ 芦部信喜（高橋和之補註）『憲法〔第4版〕』（岩波書店、2007年）165頁。

² 芦部・前掲注1）170頁。

³ 小泉直樹「グーグル・フェアユース・表現の自由」世界2010年3月号90頁。

⁴ 芦部・前掲注1）181頁。

対象としている表現）はどう位置づけられるのだろうか。以下では、もう少し、表現の自由の内容について見ていくことにする。というのは、保障根拠や表現の価値の高低、規制のあり方等について見ていき、表現の自由の内容にもう少し踏み込み、「表現の自由とはどういうものか」を考えることで、著作権との関係性がより分かりやすくなると同時に、そのことが、表現の自由論そのものの再検討の必要性を提起しているということを示したい、という意図からである。

(2) 著作権との関連領域

(a) 保障根拠

表現の自由の保障根拠⁵に関しては、先程挙げた自己統治、自己実現、という二つの要素の他にも整理の仕方がある。一つは、自己統治すなわち、民主的政治過程の維持を表現の自由として捉える議論を、「表現の自由が社会全体にもたらす便益、すなわち、公共財としての表現の自由に着目する議論の一種」とし、「自由な表現活動が社会全体にもたらす便益としては、その他に個人の自律的な生き方を実質化する生活の基本となる情報の提供や、多様な思想や生き方を許容する寛容な社会を再生産する機能もある。様々な事実、思想、感性についての知識を得ることは、人々が実質的な選択の自由を享受し、人格を発展させるために必要不可欠な条件である。また、多様な考え方や生き方の存在を知ること、寛容の精神が養われることになる。自由な表現活動の場は、自由で民主的な社会を支え、それを再生産する構成要素である」⁶とする見解がある。また、「市場における（相反する思想の）自由競争は時間をかければ真実へと人びとを到達させる」⁷（括弧内は筆者による）、すなわち、多様な表現が自由にやりとりされることを通じて「真理」が生み出されるという

⁵ この点に関しては、主に国外での議論を引用し、表現の自由に関わる様々な価値を検討している奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』（東京大学出版会、1988年）1頁以下をはじめとする文献を参照。最近のものとしては、阪口正二郎「表現の自由の原理論における『公』と『私』—『自己統治』と『自律』の間」長谷部恭男＝中島徹編『憲法の理論を求めて—奥平憲法学の継承と展開』（日本評論社、2009年）39頁以下参照。

⁶ 長谷部恭男『憲法〔第4版〕』（新世社、2008年）202頁。

⁷ 阪本昌成「『思想の自由市場』論の組み直しに向けて」立教法学80号（2010年）107頁。阪本は、通説的な「思想の自由市場」の理解とそれに対する批判、「Free Market of Ideas」の意義について、検討している。この点に関して、アメリカで最も著名な「思想の自由市場」論の定式化は、ホームズによるものが代表的なものとされている。すなわち、「しかし、時が、互いに闘争する、多くの信念を覆してしまったことを悟るに至ったとき、人々は、自分自身の行動のまさしく基礎を信ずることにままして、希求される究極の善は思想の自由な交換（free trade in ideas）によってよりよく達せられるということ、すなわち、真理の最上のテストは市場での競争において自らを受け入れさせる思想の力であり、また、真理はその人々の願いが安全に実現されうる唯一の基盤であるということ、信ずるようになるであろう」（Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 630 (1919)）というものである。このホームズの定式にはいくつかの理解が考えられるが、その点に関しては、山口いつ子「デフォルトとしての『思想の自由市場』」法律時報74巻1号（2002年）19頁以下も参照。

思想の自由市場論が挙げられる。このような「自己実現」や「自己実現」といった言葉だけでは説明できない、表現の自由の保障根拠あるいは価値に関してはこれまでも議論が交わされてきたが、必ずしもその内容の全てが明確になっていないと言える⁸。

以上、改めて表現の自由の保障根拠について見たわけだが、では、これらと著作権とはどのような関係を有しているのだろうか。後で見るように、著作権法の究極の目的は「文化の発展」(1条)にある。そのために、権利者に排他的利用権を与えている。そうすることで創作を促していこうというわけである。そこで、表現の自由を支える価値のうち、一番関わりを有していそうなのは「自己実現の価値」であろうか。創作活動は自己実現の一つであり、著作権はそれを助けていると考えることができる。ひいては、自由で多様な創作物=表現のあふれる社会の形成に一役買っているのである。「著作権は表現の自由のエンジンである」⁹とはまさにそのことを指しているのであろう。しかし、一方で、著作権によって、制限される創作活動や表現活動が存在する。このことは、表現の自由からすると、どのように捉えられるのだろうか。そもそも、表現の自由の保障根拠とは、目指すものは、何なのか、改めて検討することも必要なのではないだろうか。

(b) 低価値表現と定義づけ衡量

さてそもそも憲法21条は「表現」の自由を保障しているのであり、あらゆる表現が同程度に憲法の保護を受けると考えるのが素直な解釈であるようにも思える¹⁰。

しかし、アメリカにおいては、あらゆる表現行為が全て「優越的地位」としての厚い保障を受けるわけではなく、表現行為の中には表現の自由の保障をそもそも受けないものや、表現の自由を受けるとしても低い程度の保障しか受けない表現があり、そうした表現行為については内容に基づく規制の禁止法理が少なくともそのままの形では妥当しないと考えられており、こうした考え方は日本の憲法学においても継承されている¹¹。

芦部は、「わいせつ文書なり名誉毀損の概念をどのように決めるかによって、本来憲法上保障されるべき表現まで憲法の保障の外におかれてしまうおそれが生じ」、性表現・名誉毀

⁸ ここでは、あくまで諸説の紹介にとどめ、その理論的検討に関してはあまり深く立ち入らないこととするが、長谷部は、長谷部恭男「表現の自由の根拠」法学教室360号(2010年)65頁以下において、表現の自由を厚く保障すべき根拠として、民主的政治過程の維持、自己実現・自律の前提条件、思想の自由市場について検討している。そして、最終的には、「結局のところ、表現の自由を厚く保障すべき根拠として、だれもが同意する確かなものはなかなか見つかりにくい」としながらも、それで別に困ることはなく、表現の自由を厚く保障すべきであるということについては、現に法律家共同体の内部に確かなコンセンサスがある、としている。

⁹ Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 558(1985).

¹⁰ 宋戸常寿「憲法上の保護の範囲・程度」法学セミナー642号(2008年)67頁。

¹¹ 阪口正二郎「表現の自由—表現の内容に基づく規制と定義づけ衡量の関係を中心に」法学教室357号(2010年)28頁以下参照。

損的表現についても、「表現の自由に含まれると解したうえで、最大限保護の及ぶ表現の範囲を画定していくという立場である」¹²、性表現・名誉毀損的表現の規制も表現内容による規制に属するが、「これらはアメリカでは通常、営利的言論や憎悪的表現とともに、低い価値の表現と考えられ、……政治的表現（高い価値の表現）と区別される」¹³と述べている。また、宍戸は、『わいせつ表現等は、憲法上の保護の有無・程度において、他の表現内容と区別される』という前提があってはじめて、それ以外の保護される表現の内容規制が厳格審査に服すると大手を振っていえる¹⁴と述べている。

では、このような区別を正当化するものは何であろうか。一つは、（その根拠は何であれ）「優越的地位」論を支える価値と当該類型に属する表現行為の価値であり、「優越的地位」論を支える価値とどの程度結び付いているかということを基準に、表現行為に付されるべき保障の有無や程度が決定されることになる。もう一つは、当該類型に属する表現行為の弊害の程度によって保障の有無や程度を決定しようとする立場であり、「低価値表現と言う場合、むしろ表現内容がもたらす社会的害悪に着目していることが多い。わいせつ、名誉毀損、プライバシー侵害、差別的表現などは、伝統的にその内容自体が保護すべき法益を侵害するものと考えられてきた」のである¹⁵。

このような表現の価値の区別をする際に行われているのが、上述した芦部の記述にも見られるいわゆる定義づけ衡量である。すなわち、定義づけ衡量とは、「保障されるべき人権の範囲あるいは人権としては保護されない範囲を明確に定義し、具体的事例がこの定義に該当するかどうかを判断する」¹⁶手法であり、「すべての人権について、『それを制限することによってもたらされる利益とそれを制限しない場合に維持される利益とを比較して、前者の価値が高いと判断される場合には、それによって人権を制限することができる』」¹⁷手法である個別的衡量とは異なる。

その特徴としては、個別的衡量が①利益衡量をなすにあたって憲法上の権利と対抗する政府の利益をフラットに衡量する点、②「個別的」と形容されるように、事例ごとに利益衡量を行う点にあるのに対して、定義づけ衡量は、①利益衡量をなすにあたって憲法上の権利と対抗する政府の利益をフラットには衡量しない点、②利益衡量は事例ごとに行うのではなく、規制されるべき行為類型を定義する際にあらかじめ利益衡量を行う点にある¹⁸。

著作権についても、この「定義づけ衡量」が行われてきた。すなわち、「表現・アイデア

¹² 芦部・前掲注1) 178頁。

¹³ 芦部・前掲注1) 183頁。

¹⁴ 宍戸・前掲注10) 67頁。

¹⁵ 阪口・前掲注11) 28-29頁参照。

¹⁶ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣、2005年）113頁。

¹⁷ 芦部・前掲注1) 99頁。

¹⁸ 阪口・前掲注11) 29頁。

の二分論、引用、という表現の自由の保護のためとなり得る仕組みを加味したうえで、なお著作権侵害となる言論については、その規制について、緩和された審査基準を適用する¹⁹と考えられてきた。

従来、著作権を侵害するような表現は低価値表現として考えられてきた。しかし、本当にそうなのだろうか。当該表現の全てが、表現の自由（の優越的地位）を支える価値とは結びつかない、あるいは、社会的害悪を有するような表現なのだろうか。例えば、パロディ表現やアマチュアによる二次的表現などは、「低価値」と呼ばれるのが妥当なものなのか。そもそも、「低価値表現」とは何か、ということも含め、再検討が必要なのではないだろうか。

(c) 規制のあり方

表現の自由の規制のあり方としては、表現内容規制と表現内容中立規制の区別論が考えられる。表現内容規制とは、「表現をそれが伝達するメッセージを理由に制限する規制」であり、表現内容中立規制とは「表現をそれが伝達するメッセージの内容や伝達効果に直接関係なく制限する規制」であり、内容中立規制より内容規制につき厳しい審査基準を適用すべきだとする有力説が存在する²⁰。

一般的には、著作権法は、内容中立規制に該当すると考えられている。というのも、「確かに、著作権侵害は問題となる作品の『内容』に関わるが、国家が当該表現の価値や危険性に踏み入って評価することの回避という表現の自由の文脈における表現の『内容』に対して規制を加えているわけではない²¹と、原則考えられているからである。しかしながら、「二次的著作物の創作に対する原著物の権利者の差止請求権行使については、内容規制の色彩を帯びる可能性²²があり、一概に「著作権法は内容中立規制である」ということはできないであろう。著作権による規制のあり方はどのような類型に属することになるのか、審査基準はどうなるのか、という点に関して、議論の余地がまだあるだろう。

また、内容規制と内容中立規制の区分それ自体に対しても疑問が呈されており、「『表現内容の規制／表現の内容中立規制』という司法審査の枠組み自体が成立しうるのか、成立するとしても、通説が述べてきたように、“中立規制であれば、中間審査基準（または日本憲法学に特有な言葉でいえば『厳格な合理性の基準』）によって司法審査する”という理解が正しいのかどうか、再検討すべき²³であり、「規制二分論はたとえ意味を持つとしても、

¹⁹ 小泉直樹「表現の自由、パロディ、著作権」ジュリスト1395号（2010年）151頁。

²⁰ 芦部・前掲注1）183頁参照。

²¹ 今村哲也「著作権法と表現の自由に関する一考察—その規制類型と審査基準について」季刊企業と法創造1巻3号（2004年）87頁。

²² 小島立「著作権と表現の自由」憲法問題21号（2010年）81頁。

²³ 阪本昌成「(前掲注22の)小島報告へのコメント」憲法問題21号（2010年）94頁。

大まかな枠組み、方向性としての意味にとどまる」²⁴と解すべきであろう。

II. 著作権と表現の自由

(1) 著作権総論

まずは、著作権法の条文を見てみることにする。著作権法1条は「この法律は、著作物並びに実演、レコード、放送及び有線放送に関し著作者の権利及びこれに隣接する権利を定め、これらの文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もつて文化の発展に寄与することを目的とする」と定めている。この規定をみると、「著作者等の権利の保護を図」ることがとりあえずの目的（著作者等に自然権としてそのような権利があるというわけでもないから、ここにいう「権利」とは「利益」のことだと考えるのがより厳密ではある）、「文化の発展に寄与すること」が究極の目的だということになり、そして、「これらの文化的所産の公正な利用に留意しつつ」というのは、手段の設計及び運用の指針を示しているものだということになりそうである²⁵。

では、著作物の利用について排他的な権利を定めることが、どうして文化の発展に寄与²⁶することになるのか。このメカニズムについては、一般的に次のように説明されている。すなわち、「著作物の利用について著作者に排他的な権利を与えることは、著作物を利用する者から収益を得る機会を著作者に保障することになる。このことが、著作者による創作のインセンティブになる。そのことにより、ますます活発な創作がなされ、ひいては、文化が発展する」と²⁷。つまり、著作者に排他的権利を与え、諸権利を行使すること（あるいは諸権利が存在することそれ自体）によって経済的利益を獲得できるという経済的インセンティブを与えることによって、創作のインセンティブを引き出そうとするのである²⁸。そして、多くの著作物が社会にあふれること、すなわち、「著作物が豊富化することを、著作権法は『文化の発展』と称している」²⁹のである。

もっとミクロな視点で著作権の機能を見てみると、著作権があることにより、創作者（ま

²⁴ 安西文雄「表現の自由の保障構造」同ほか『憲法学の現代的論点 [第2版]』（有斐閣、2009年）382頁。

²⁵ 寺本振透＝深津拓寛「2009年改正の意義と歴史的位置づけ」寺本振透編集代表『改正著作権法』（弘文堂、2010年）2頁。

²⁶ 「文化の発展」のためには、著作権以外にも様々なアプローチが考えられる。国家が取り得る政策手段は複数考えられ、今後、文化政策的観点からの検討が重要になるとするものとして、小島・前掲注22）79頁参照。

²⁷ 寺本＝深津・前掲注25）2-3頁参照。

²⁸ このような、いわゆる創作インセンティブ論に対して、著作物へのアクセスを手助けしているメディア（媒介者）へのインセンティブ論を中心に著作権法を解釈する見解もある。例えば、寺本＝深津・前掲注25）4頁以下を参照。

²⁹ 中山信弘『著作権法』（有斐閣、2007年）17頁。

たは権利者)は、国家や私的団体による経済支援を受けずに、マーケット原理を活用して、自立し、自由な創作活動ができる可能性を有することになるのである。例えば、歌手や小説家等のプロの表現者、彼らをプロデュースする音楽出版社や書籍出版社等は、著作権があるからこそ、その自立した商売が成り立っていると言っても過言ではなく、その創作活動＝表現活動に著作権は大いに役立っていると言える。このような著作権の役割を過小評価するわけではない。

しかし、現実的には、著作権法は、ある特定の創作物の投資資本回収に対してしか役立っていないという見方がある³⁰。それは、一定のリスクを負い、結果的に市場において顧客吸引力を獲得した、いわゆる「売れ筋」の商品である。とすると、絵画や彫刻などの一品製作ものの著作者に対する金銭的インセンティブになっているのかは疑問である。

また、全てを「金銭的インセンティブ」と見ることは可能であろうか。創作活動にはもちろん金銭が必要であり、また創作活動を通して金銭を得ようとすることを否定するつもりはない。しかし、それが全てではないだろう。人はいろいろな理由で創作活動を行う。自己満足、金は要らないがとにかく多くの人に見てもらいたい・聞いてもらいたい、社会奉仕、名誉心など、様々なモノが挙げられる。特に、デジタル技術とインターネットが普及した現代においては一いち私人(＝アマチュア)による創作活動が増加したことを考えるとより分かりやすいが一、そのような傾向が強まっているように思える。

このように考えられてきた著作権は、時として、他者の創作活動＝表現活動を、制約することがある。果たして、そのようなことは許されるのか、またどの程度の制約が現在存在し、その水準は適切なものなのか。ここで、著作権と表現の自由との関係が問題となってくる。

(2) 従来の議論状況

しかしながら、はじめにでも述べたように、この点に関する研究は盛んに行われているとは言い難い。その理由はいくつか挙げられる³¹。例えば以下の三点が挙げられるだろう³²。第一に、著作権は書籍業者に対する「特権」ではなく、創作者に与えられる、私人間で譲渡等が可能な「財産権(権利)」である点。第二に、著作権法が様々な「安全弁」を備え、表現の自由との緊張関係を内在的に解消しているのではないかと考えられてきた点³³。例

³⁰ 小島・前掲注22) 79頁参照。

³¹ この点に関し、特に憲法学からの研究が乏しい理由については、長谷部恭男「憲法学者はなぜ著作権を勉強する必要がないか？」同『Interactive憲法』(有斐閣、2006年) 175頁以下参照。この中で長谷部は、最終的に、「憲法学者が著作権を勉強しない理由は実はない」としている。

³² 小島・前掲注22) 77-78頁参照。

³³ この点に関し、野口祐子「デジタル時代の著作権制度と表現の自由—今後の知的財産戦略に当たって考慮すべきバランス(上)」NB L 777号(2004年) 20-21頁では、①アイディアと表現の区別、②翻案物と新著作物の区別、③権利制限規定、④著作権保護期間、⑤著作権が保護していない範囲(アク

えば、アイデア・表現二分論、創作性概念、支分権構成、侵害における依拠の要件、保護範囲、権利制限、保護期間など。第三に、「ゲートキーパー」としてのメディアの存在により、著作権法は出版業界や音楽業界の「業法」的存在にすぎなかったことから、私人が表現の自由の問題と真剣に向き合う必要性がなかったという点。

これらの点に関して、第一の点に対しては、そうした「財産権」的性格を有する著作権の行使によって、表現行為に対して差止め請求や損害賠償請求が行われていること（＝これらの国家権力による実現）は看過できず（この点に関しては、名誉棄損やプライバシーの場合と同様の問題が生じる）、また、日本の著作権が、「世界でも最も強い」³⁴とされる著作者人格権に代表されるような「人格権」的性格も有しており、かつ、その二つの側面を厳格に区別できない場合があることや、創作へのインセンティブの多様化などの状況が、議論を難しいものになっていると言える。

第二の点に対しては、著作権法が本当に表現の自由との緊張関係を内在的に解消できているのか疑問である。例えば、「思想それ自体は著作権法では保護されず、著作物として保護を受けるためには、思想が具体的に表現されたものとなっている必要がある」³⁵とするアイデア・表現二分論は、その有用性は認めつつも、「思想と表現の間に明確な線引きをすることができず、その判断には種々の価値的要素・規範的要素が入り込まざるを得ない」³⁶とされており、また、翻案権（27条）については、「実質的には著作権法がアイディア保護に踏み込んでいると考えざるを得ない」³⁷とされている。保護期間についても、現状の長さ³⁸が適切であるかは議論の余地があるだろう。

第三の点に対しては、繰り返しになるが、デジタル技術とインターネットの発達により、一私人が創作者となり、著作物の受信・発信が容易になったことで、著作権法の領域に触れる機会が従来より格段に増えていると言えるであろう。

このような現状に対して、「創作者Xの創造した成果を『財産権』（日本法の場合には、これに加えて、著作者人格権）として“過剰に”保護している著作権法制それ自体が重大な憲法問題（表現の自由問題）を提起している」³⁹、すなわち、「日本法は権利者保護あまりに傾きすぎているばかりでなく、権利制限規定が厳格すぎ、対立利益である表現の自

セス・フリーの原則、譲渡権の消尽）の五点において、著作物の使い手の表現の自由が実質的に考慮されてきたといえるとしている。

³⁴ 中山信弘＝三山裕三「デジタル・ネット時代における著作権のあり方（上）」NBL898号（2009年）24頁。

³⁵ 中山・前掲注29）44頁。

³⁶ 中山・前掲注29）47頁。

³⁷ 中山・前掲注29）134頁。

³⁸ 日本の現行法では、保護期間は原則として創作者の死後50年である（51条2項）。

³⁹ 阪本・前掲注23）91頁。

由に十分に配慮してい」⁴⁰ないと見る見解もある。また、そこまではいかなくても、「著作権を設定する立法府が予め組み込んだ調整機構を最大限活用して合憲限定解釈をしたとしても、それでも憲法上の表現の自由が侵害されるという可能性を否定するのは無理」であり、「合憲性を考えるときには、まずは、そもそも当該著作権制度に表現の自由との調整をはかる十分な措置が組み込まれているかが問題になる」⁴¹と考えられている。

ともあれ、現在の著作権による表現の規制は、権利者側に強く傾いており、そのことが批判の対象になっているようである。しかし、著作権があることによって促進される表現活動があるのも事実である。こういった状態を解消するためには、すなわち、著作権の表現抑制効果（＝ある表現活動に対する権利者による差止請求や損害賠償請求、あるいはそれらを恐れて表現活動を自粛するという法自身がもつ委縮効果）を減らし、自由で多様な表現があふれる社会の形成に寄与するという、表現の自由のためのエンジンとしての役割を十分に発揮するにはどうすればよいのか。その問いに対する答えを導き出す可能性のあるものとして、フェアユースと、コモンズの発想に筆者は期待を寄せている。以下では、その2点について少し見ていくこととする。

(3) 今後のあり方

(a) フェアユース規定の導入

現在の著作権の論点の一つとして挙げられるのが、権利制限のための一般条項、すなわち、フェアユース規定の導入の是非である。

（一般的）フェアユース規定とは、「個別列举型の規定から漏れており、形式的には著作権侵害に当たりそうに見えるが、実質的には著作権侵害とされるべきではない行為について、実体に即した妥当な解決を」事案ごとに行うものである。個別規定がなくとも、個々の事案に応じた柔軟な対応が可能となり、立法の遅れを補う効果がある⁴²。

このフェアユース規定は、「当然のことながら、……実質的に違法な行為を正当化するものではなく、「著作権以外の価値との相克を踏まえて、公正な利用のみ合法とするものであり、「その公正という基準をフレキシブルに規定する、ということにすぎない」⁴³。

この規定に当たるものとしては、典型的には、アメリカ著作権法107条が挙げられる。そこには、①使用の目的と性質（その使用が商業的なものであるか非営利の教育目的のものであるかを含む）、②著作物の性質、③著作物全体との関連における使用された部分の分量と実質性、④著作物の潜在的市場または価値における使用の影響の四点がフェアユース該

⁴⁰ 阪本・前掲注23) 95頁。

⁴¹ 長谷部・前掲注31) 181頁。

⁴² 寺本振透＝深津拓寛「一般的フェアユース規定実現への課題と展望」寺本振透編集代表『改正著作権法』（弘文堂、2010年）204頁。

⁴³ 相山敬士「フェアユースを中心とした著作権法の新潮流」ジュリスト1405号（2010年）38頁。

当性の判断要素として列挙されている。アメリカにおける判例では、パロディや家庭でのテレビ番組の録画等がフェアユースとして認められており、この規定があることで、表現の自由との調整は済んでいる、とされている。

一方で、フェアユース規定にはデメリットも存在する。その一つが、予測可能性の問題である。一般的・抽象的な判断基準を用いるということは、事案ごとの柔軟な対応が可能である一方で、それはあくまで当該事案における判断であり、何が許され何が許されないのかという予測可能性が低くなり、法的安定性に欠けることを意味している。この点に関しては、「“フェア・ユースの法理はstandardであってruleではない” “フェア・ユースの法理には予見可能性がない”」⁴⁴という見解もある。また、フェアユース規定を導入することで、形式的に著作権侵害に当たる新しい著作物の利用方法について事業化を促進する（GoogleやYouTube等が念頭におかれていると思われる）効果があるともいわれているが、それは、ある程度の訴訟リスクを負える者でなければ無理ではないかという見解もある⁴⁵。加えて、「現実問題として、何らの判例の蓄積もなく突然フェアユースという一般規定を導入することは、全てを裁判所に丸投げすることを意味し、裁判所としても荷が重く、裁判が長期化する原因ともなりかねない」⁴⁶ということも挙げられよう。

さて、新事業とリスクの話はさておき、表現の自由との関係からすると、予測可能性の問題がやはり大きいだろう。この規定があることで、表現活動の幅が広がると見るのか、委縮効果の方がより強く働いて表現活動を自制することになると見るのか、その判断は難しい。しかし、予測可能性を高い水準で維持しようとするならば、個別列挙型の規定の追加修正を今後も続けつつ、「個別列挙型の規定を主として、一般的フェアユース規定を個別列挙型の規定が想定していない事項に対応する従たる規定として扱う」⁴⁷とすることが考えられ、実際にそのような方向（現存の個別列挙型の規定の補充的な位置付け）で議論されているようである。また、判断基準の不明確性は、信義則のような民法の一般条項にも同様のことが言えるだろう。

フェアユース規定の導入をめぐるのは、「この問題は、単に法的安定性を選ぶかあるいは事案に即した柔軟な解決を選ぶか、という問題に留まらず、その国の法体系が制定法であるのか判例法であるのかということにも関係しているし、また国民が裁判をどのように意識しているのかという法社会学的な考察も必要であり、軽々に結論が出せる問題ではない」⁴⁸という指摘もある。いずれにせよ、まだまだ検討すべき点は多いであろうが、筆者としては、デメリット以上に、柔軟な対応による今以上の創作活動促進の役割を期待した

⁴⁴ 阪本・前掲注23) 95頁。

⁴⁵ 寺本＝深津・前掲注42) 204頁参照。

⁴⁶ 中山・前掲注29) 310-311頁。

⁴⁷ 寺本＝深津・前掲注39) 207頁。

⁴⁸ 中山・前掲注29) 310頁。

いと思う。

(b) コモンズの発想

もう一つ注目したいのが、コモンズの発想である。著作権をはじめとする「知的財産制度とは、ある種の情報に独占的な利用権を与え、それをインセンティブとして新たな創作を促し、よって社会の情報の豊富化を図ろうとする制度である。それに対してコモンズの思想とは、それとはまったく逆であり、むしろ独占は弊害をもたらすものであり、情報はお互いに共有し合っこそ情報の豊富化をもたらすという発想」⁴⁹のことを指す。情報を、独占・クローズドの状態ではなく、自由利用・オープンにして共有することで、よりよいモノ・よりよい社会を作っていこうとするものであり、著作権法に限らず、知的財産法全体で発展しつつある動きである。

フリーソフトウェアや、クリエイティブ・コモンズなどがコモンズの代表例であるとされる⁵⁰。ここでは、クリエイティブ・コモンズに関して少し説明する。クリエイティブ・コモンズとは、「クリエイティブ・コモンズ・ライセンス（CCライセンス）を提供している国際的非営利組織とそのプロジェクトの総称」である。「CCライセンスはインターネット時代のための新しい著作権ルールの普及を目指し様々な作品の作者が自ら『この条件を守れば私の作品を自由に使って良いですよ』という意思表示をするためのツール」であり、「CCライセンスを利用することで、作者は著作権を保持したまま作品を自由に流通させることができ、受け手はライセンス条件の範囲内で再配布やリミックスなどを行うことができる」ものである。そして、「著作権の中間領域を定義するCCライセンスは、“Some rights reserved”つまり限定された権利のみを主張するライセンス形式を提案している」のであり、「既存の著作権制度のなかで作り手の権利がまもられながらも、受け手にも作品を自由に扱う領域を確保すること」で、『ありかなしか』『1か0か』という極端で硬直した状態を解きほぐしていき、作品の共有をスムーズにしていきたい」と考えているようである⁵¹。

このような動きが発展している一方で、繰り返しになるが、著作権があることによって表現活動が守られている部分があるということも忘れてはならない。確かに、著作権がその範囲を拡大し、権利者の保護に傾いてきたために、コモンズの思想が台頭してきたが、著作権法をはじめとする「知的財産法の世界とコモンズの世界と、どちらが優れているか」という問題ではなく、おそらく両方が併存して発展してゆく⁵²というのが、表現の自由に

⁴⁹ 中山信弘「知的財産立国の更なる発展を目指して」ジュリスト1405号（2010年）12頁。

⁵⁰ 中山・前掲注49）12頁参照。

⁵¹ 以上のクリエイティブ・コモンズに関する説明は、クリエイティブ・コモンズ・ジャパンのHP（<http://creativecommons.jp/licenses/>）より抜粋。

⁵² 中山・前掲注49）13頁。

とって、望ましい姿ではないだろうか。

（4）著作権と表現の自由—その関係性

最後に、ここまで見てきた二つの関係性について簡単にまとめてみることにする。

筆者は、表現の自由が目指すものを、「様々な表現、情報、創作物を、各人が自由に発信あるいは受信し得る社会」であると捉える事ができるのではないかと考えている。しかし、全ての人の全ての表現を無制約に許してしまったら、それは無秩序な社会と変わらないと言うことができ、とすると、表現の自由の目指すべき到達点は「できるだけ多くの表現、情報、創作物を、できるだけ多くの人が自由に発信あるいは受信し得る社会」として修正されることになる。

これ（＝上記の社会）を、文化的あるいは芸術的表現に主に焦点をあてて、実現するための一つのアプローチが著作権であると言えるのではないだろうか。すなわち、主に財産権的性格を持つ排他的権利を用いることで、特定の人（主にプロの表現者とその媒介者）を保護し、特定の人（主に前述の原作者の作品を利用し、商業活動を行う者）に制約を科すことで、結果として、「できるだけ多くの（主に文化的あるいは芸術的）表現、情報、創作物を、できるだけ多くの人が自由に発信あるいは受信し得る社会」を形成することを支える役割を担っていたのである。しかし、現代においては、デジタル技術・インターネットの普及、一私人（アマチュア）の表現者の増加等を背景に、「できるだけ多く」性が、減少してしまい、制約性が強調されることになったのであり、その制約性をいかに緩め、上記社会の実現のためにはどうすればいいかを考えなければならない、という状況にあるといえるのである。

ただし、そこで想定されている多様性や豊富性が、具体的にどのような性質のモノが、どこに、どの程度分布していることを言っているのか、それらはどのような制度や力学で、どのように変化するのか、それは果たして望ましいものなのかといった詳細な検討は本稿では行えないが、少なくとも、著作権と表現の自由はその本質では共通していると筆者は考えている。

おわりに

以上、著作権と表現の自由の関係について見てきた。そこで見えてきたことは、著作権は表現の自由にとって、エンジンにも抑制制度にもなり得る可能性を有しており、現行法上は権利者側に保護が傾いているということ、そして、それも含め、著作権の問題が、「表現の自由」に対して、原理論レベルからの再検討の必要性を提起しているということである。しかも、デジタル技術・インターネットの発達により、「一億総クリエイター」時代である現代においては、その関係は混とんとした状況に陥っているように思える。

そうした状況の中で、ある論者は言う。「どんなに難しくても、長期的には、著作権法制度はどうあるべきなのか、を考えて、仮に変えたほうが良いというコンセンサスができれば、著作権法そのものを変える努力をしていくことが必要」であり、「その際に重要なのは、結局、情報は本来、どこまで自由であるべきなのか、また、文化の発展はどうやって支えるべきなのか、ということ」⁵³である、と。そして、「どこまで柔軟な著作権制度にするか、という問題は、別の角度から見れば、どこまでお互いの作品の利用を禁止し合う社会にするのか、それとも、許し合う社会にするのか、という問いなのかもしれ」⁵⁴ないとし、「著作権制度の中で、多様な著作物の生態系が存在することを許し、また、多様なインセンティブを持つ人が異なるアプローチで著作物を利用することを許す設計にする、ということがこれからの著作権のあり方ではないか」⁵⁵と言っている。また、別な論者は、「人は元来自己表現欲を有していると思われるが、従来は表現手段がないために自己表現欲は檻に閉じこめられていた。それがネットの発展によって、その檻が破られてしまったのが現状である。知的財産制度は、人の創作へのインセンティブを与える制度であるが、究極的には人のインセンティブとは何か、という哲学的な問題に帰着する」⁵⁶とも言っている。

これらの見解は、憲法や著作権法を含めた知的財産法学を超えた領域とも関係していると思われるが、このような思考の方向性は間違っていないのではないか。このような「ますます複雑の度合いを強めていくであろう」⁵⁷時代だからこそ、憲法学・知的財産法学に限らず、様々な領域⁵⁸からの、より一層の議論が必要なのである。そして、そこで求められるのは、「著作権法は不必要」といった極論ではなく、原理論やオープンソース・コモンズの発想も含め、どのような著作権のあり方が、表現の自由にとって、また日本にとって望ましいのかを考える、「バランス」を探り、妥協点を見出すための議論である。その具体的な落とし所や制度・議論のあり方に関しては、筆者の現在の力量を超えているため、ここでは今後の検討課題として提示するに止め、本稿を終えたいと思う。

⁵³ 野口祐子『デジタル時代の著作権』（ちくま新書、2010年）269頁。野口は、「最終的には、自分の権利を守ってほしい人だけが著作権を登録し、その場合にだけ今のような強い権利が与えられるようにするのがいい」（274頁）として、登録制度を提唱している。

⁵⁴ 野口・前掲注53）275頁。

⁵⁵ 野口・前掲注53）276頁。

⁵⁶ 中山・前掲注49）13頁。

⁵⁷ 中山・前掲注49）14頁。

⁵⁸ その一つに、技術（コードまたはアーキテクチャ）をどのように考えるか、ということがある。具体的には、例えば、検索エンジンの検索結果の操作や、不正コピーの禁止を実現する技術的手段と、自由な表現活動との関係をどのように捉えるか、ということである。参考文献としては、「媒介者」に焦点を当てて論じているものとして、成原慧「サイバースペースにおける情報流通構造と表現の自由—米国における『情報流通経路の管理者を介した表現規制』の検討を中心にして—」東京大学大学院情報学環紀要情報学研究76号（2009年）137頁以下を参照。